Verbotene Eigenmacht und Selbsthülfe beim Besitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Wilhelm von Schuckmann

aus Schwerin.

Schwerin i. M.

Eduard Herberger, Hofbuchdrucker. Verlagshandlung.

1904.

Disposition.

Einleitung: Gegenstand der Abhandlung.

I. Verbotene Eigenmacht
  a) ist eine Handlung,
  b) welche Verschulden nicht erfordert,
  c) gegen den Besitzer gerichtet ist,
    1. verbotene Eigenmacht gegenüber unmittelbarem Besitz,
    2. ist verbotene Eigenmacht gegenüber mittelbarem Besitz möglich?
    3. verbotene Eigenmacht beim Mitbesitz,
    4. verbotene Eigenmacht beim Quasibesitz,
  d) ohne den Willen des Besitzers vorgenommen wird,
  e) die Beeinträchtigung des Besitzes zur Folge hat,
    1. Besitzentziehung,
    2. bloße Besitzstörung,
  f) und nicht ausnahmsweise vom Gesetze gestattet ist.

II. Die Selbsthülfe des Besitzers,
  a) das Recht der Abwehr (§ 859 Absatz 1),
    1. das Verhältnis der Abwehr zur Notwehr,
    2. Inhalt des Rechtes der Abwehr,
  b) das Recht der Wiederbemächtigung,
    1. Allgemeines,
    2. Besonderheiten,
      α. die Wiederabnahme beweglicher Sachen,
      β. die Wiederbemächtigung des Besitzes an Grundstücken.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 3, 1899 (Achilles, Gebhard, Spahn).

Reatz: Der Besitz (im Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1890.

Riso: Das Recht der Eigenmacht nach dem sächsischen und dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1900.

Rüdorff: Systematische Sammlung der für das gegenwärtige Recht von Bedeutung gebliebenen Entscheidungen des Reichsgerichts.

von Seeler: Zur Lehre vom Mitbesitz in Iherings Jahrbüchern, Band 44 (zweite Folge Band 8).

Stenglein: Lexikon des deutschen Strafrechts 1900.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem bürgerlichen Gesetzbuch in Iherings Jahrbüchern, Band 38 (zweite Folge 2. Band).

Wolff: Der Mitbesitz nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich in Iherings Jahrbüchern, Band 44 (zweite Folge Band 8).

Windscheid: Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage.

Einleitung.

Die Vorschriften, welche das Bürgerliche Gesetzbuch über den Schutz des Besitzes enthält, lassen sich in Kürze dahin zusammenfassen: Das Recht schützt den Besitzer gegen verbotene Eigenmacht durch die Besitzklagen und durch die Erlaubnis der Selbsthülfe.

Danach ist Voraussetzung des Besitzschutzes, daß gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht geübt wird, die Besitzklagen und die Selbsthülfe sind sein Inhalt.

In der nachstehenden Abhandlung soll der Begriff der verbotenen Eigenmacht entwickelt und im Anschluß daran die eine Seite des Besitzschutzes, die erlaubte Selbsthülfe dargestellt werden.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0133

I. Verbotene Eigenmacht.

Was unter verbotene Eigenmacht zu verstehen ist, sagt der § 859 Abs. 1. Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht). Hiernach gibt Planck[1]) und ihm folgend das Reichsgericht[2]) zutreffend die Begriffsbestimmung dahin:

Verbotene Eigenmacht ist jede Handlung durch die der Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt[3]) wird, sofern die Handlung nicht ausnahmsweise gestattet ist.

a) Ist eine Handlung.

Eigenmacht ist eine Handlung, also eine Willensbetätigung des Menschen[4]) auf welche als Ursache die näher bezeichnete Beeinträchtigung des Besitzstandes eines andern als Erfolg zurückzuführen ist. Daraus folgt unmittelbar, daß ebenso wie die Notwehr[5]) das Selbsthülferecht des Besitzers gegenüber anderen seinen Besitz bedrohenden Gefahren insbesondere gegen den Angriff von Tieren versagt.

Der Besitzer ist in diesem Falle auf den Schutz der Selbsthülfe, insbesondere auf die Rechte aus § 228 angewiesen. Dies ist insofern von Bedeutung, als die Ausübung des Rechts aus § 228 nicht gestattet ist, wenn der durch die Ausübung des Rechts angerichtete Schade außer Verhältnis zu der drohenden Gefahr steht.

Vgl. das von Künkler[6]) angeführte Beispiel: ich darf den Stier, der in meinen Blumengarten läuft, wenn andere Mittel zu seiner Verjagung versagen, nicht töten, sondern muß es mir vorerst gefallen lassen, daß meine Blumen abgefressen oder zertreten werden.

b) Welche Verschulden nicht erfordert.

Bestritten ist, ob der Begriff „verbotene Eigenmacht" durch die Bestimmung „Handlung" in seinem subjektiven

[1]) Bemerk. 1 zu § 858. [2]) Im Erkenntnis des V. Zivilsenats vom 27. Mai 1903 abgedruckt im 55. Bande der Entscheidung des Reichsgerichts für Zivilsachen Seite 53 folgende. [3]) Unter Beeinträchtigung soll hier und wo immer die Bezeichnung in dieser Abhandlung angewandt wird, beides, sowohl Entziehung wie Störung des Besitzes verstanden werden. [4]) Vgl. von Liszt Seite 102. [5]) Vgl. Riso a. a. O. Seite 23. [6]) a. O. S. 9.

Inhalt erschöpft wird, oder ob noch ein anderes subjektives Moment dasjenige des schuldhaften Handelns als Tatbestandsmerkmal derselben erforderlich ist. Die Motive[1]) verlangen nicht, daß „das in § 814 E I enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur, daß so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen."

Ebenso Denkschrift:[2]) Zum Begriffe derselben (der verbotenen Eigenmacht) gehört nicht, daß der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig entzogen oder gestört ist.

Auch Planck:[3]) Verschulden gehört nicht zum Begriffe der verbotenen Eigenmacht.

Neumann:[4]) Auf Verschulden kommt es nur für den Schadensersatzanspruch aus § 823 an. Derselben Meinung: Endemann,[5]) Kniep,[6]) Maenner[7]) und das Reichsgericht in dem oben zitierten Erkenntnis in 55 Bd. der Entscheidungen, auch Bendix.[8]) Buhl,[9]) Künckler.[10])

Dernburg[11]) hält die Frage, ob zum Tatbestand verbotener Eigenmacht subjektive Widerrechtlichkeit erforderlich ist, für keineswegs zweifellos, hält aber seine eigenen Bedenken nicht für entscheidend und gelangt ebenfalls zur Verneinung der Frage. Auch nach Reatz, der irrtümlich annimmt,[12]) die Motive erklärten das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit und die fahrlässige Unkenntnis der Widerrechtlichkeit der Entziehung oder Störung fremden Besitzes als notwendiges Erfordernis des Tatbestandes der verbotenen Eigenmacht, entspricht es dem deutschen Rechtsbewußtsein, daß sich der Besitzer gegen jede objektive Entziehung oder Störung seines Besitzes verteidigen und selbst helfen kann.[13])

In scharfem Gegensatz zu der herrschenden Meinung verficht Gärtner[14]) die „subjektive Auffassung" der verbotenen Eigenmacht. Er stützt seine Meinung im Wesentlichen auf die Fassung des § 992 und des analog angewandten § 2025. Dort wird die Schadensersatzhaftung des mit der Eigentums-(Erbschafts-)Klage belangten Besitzers (Erbschaftsbesitzers) behandelt und bestimmt, daß der Besitzer,

---

[1]) III. S. 110. [2]) S. 110. [3]) Erläuterung 1b zu § 858. [4]) Handbuch Note I zu 858. [5]) a. a. O. Bd. S. 169. [6]) a. a. O. S. 314. [7]) a. a. O. S. 102. [8]) a. a. O. S. 19. [9]) a. a. O. S. 34. [10]) a. a. O. S. 14. [11]) a. a. O. S. 69. [12]) a. a O. S. 782. [13]) a. a. O. S. 785. [14]) a. a. O. S. 164.

falls er den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt habe, dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen hafte; da für diese aber Verschuldung vorausgesetzt sei, müsse die verbotene Eigenmacht begrifflich schuldhaftes Handeln involvieren.

In dieser Argumentation ist das richtig, daß für den Schadensersatzanspruch wegen Besitzverletzung Verschulden des Angreifers vorausgesetzt wird. Das ergiebt sich aus der Gleichstellung der Begriffe „verbotene Eigenmacht" und strafbare Handlung und aus der Anwendlichkeit der Vorschriften über unerlaubte Handlung (vgl. Protokolle S. 348).

Das nimmt auch die herrschende Meinung an[1]).

Die Kontroverse dreht sich aber um die Schlußfolgerung, die Gaertner aus diesem Satze gezogen hat. Weil § 992 schuldhaftes Handeln erfordert, müsse verbotene Eigenmacht schon begrifflich schuldhaftes Handeln sein; daher subintelligiert er dem § 858, der die Begriffsbestimmung der verbotenen Eigenmacht enthält, das Moment des Verschuldens; die herrschende Meinung nimmt an, daß zu der objektiven verbotenen Eigenmacht, wie sie in § 858 bestimmt ist, das Schuldmoment hinzutreten muß, um die Schadensersatzpflicht des Verletzenden zu begründen.

Das letztere erscheint als das richtige. Der Wortlaut des Gesetzes läßt beide Deutungen zu. Im § 858 sowohl wie im § 992 fehlt es am bestimmten Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, daß Verschulden zum Tatbestande des bezüglichen Paragraphen erforderlich sei.

Es ist daher Aufgabe der Interpretation, den leitenden Gesichtspunkt zu finden. Für den Schadensersatzanspruch muß, wie schon erwähnt, schuldhaftes Handeln vorausgesetzt werden.

Wie die Protokolle ergeben, ist hier in erster Linie an den Fall gedacht, daß der Besitzer sich in unredlicher Weise durch verbotene Eigenmacht den Besitz verschafft habe, und ist dann in Erwägung gezogen, daß auch der Fall denkbar sei, daß der Besitzer in der irrigen Meinung,

---

[1]) Vgl. Planck I. und II. Aufl. Bem. 2 a zu § 992, Neumanns Jahrbuch S. 514 Abs. 2 a. E., Endemann S. 170, Maenner S. 102, Bendix S. 19 R. G. Bd. 55 Note 14.

Eigentümer der Sache zu sein, den Besitz durch Handlungen erlangt hat, die sich objektiv als verbotene Eigenmacht darstellen. Für solche Handlungen müsse der Besitzer dann aufkommen, wenn ihm bei Begehung derselben ein Verschulden zur Last fiele, wenn er also gewußt habe oder habe wissen müssen, daß er unerlaubte Eigenmacht begehe. Wenn ihm aber kein Verschulden trifft, braucht er keinen Schadensersatz zu leisten. Sind aber darum diese objektiv eigenmächtigen Handlungen erlaubt? und muß der Besitzer sie dulden? Es pflügt und beackert z. B. ein Grundstücksbesitzer einen an der Grenze liegenden Streifen Landes seines Nachbarn und entzieht diesem dadurch den Besitz des Streifens Landes. Weiß er in diesem Falle, daß es sich um Besitztum seines Nachbarn handelte oder muß er es wissen — denn die Grenzzeichen sind so deutlich, daß ihr Ueberfahren Fahrlässigkeit ist — so ist er dem Nachbar nach § 992 schadensersatzpflichtig. Weiß er es aber nicht, und beruht seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit — die Grenzzeichen sind völlig undeutlich —, ist dann das Bepflügen und Beackern des fremden Landes ohne rechtliche Bedeutung und kann der Nachbar es nicht hindern? Im Gegenteil, der Nachbar wird, wenn er die Besitzhandlungen Jenes auf seinem Acker sofort bemerkt, ihn von seinem Grundstück vertreiben, ist es dazu zu spät, so wird er ihn auf Wiedereinräumung des Besitzes verklagen. Denn die von ihm begangenen Handlungen waren, sind sie auch in gutem Glauben begangen, verbotene Eigenmacht.

Vorzugsweise solche objektiven Eigenmachtshandlungen sind es, gegen die das Gesetz den possessorischen Schutz verleiht. Denn die Fälle der bewußten gewalttätigen Besitzstörung sind, wie Reatz[1]) treffend hervorhebt, sehr in der Minderzahl gegenüber den Fällen, wo der Besitzstörer sich für berechtigt zu der Störungs- oder Entziehungshandlung hält. Daß für solche Fälle ein dringendes Schutzbedürfnis vorliegt, läßt sich angesichts der Gefährdung, welcher der Besitzer durch die Befestigung seines Gegners im Besitze ausgesetzt ist, nicht verkennen. Keinesfalls kann der Meinung Gaertners:[2]) für alle derartigen Fälle reiche der petitorische Schutz voll-

[1]) a. a. O. S. 783. [2]) a. a. O.

ständig aus, beigetreten werden. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung zeigt sich deutlich an der Hand des oben gegebenen Beispiels. Wer ersetzt dem Grundstückbesitzer den Schaden, der ihm durch die Entziehung seines Besitzes an Grund und Boden erwächst, deren Dauer unabsehbar ist, da Eigentumsprozesse bekanntlich nicht gerade schnell erledigt werden. Wie leicht konnte er diesen Schaden durch Abwehr der verbotenen Eigenmacht abwehren.

c) Gegen den Besitzer gerichtet ist.

1. Verbotene Eigenmacht gegenüber unmittelbarem Besitz.

Die verbotene Eigenmacht richtet sich gegen den Besitzer, den Inhaber der tatsächlichen Gewalt über die Sache.[1]) Geschützt gegen verbotene Eigenmacht ist jeder Besitz, mag er Eigen- oder Fremd-, Nutzungs- oder Verwaltungsbesitz, fehlerfrei oder fehlerhaft sein. Der fehlerhafte Besitz ist sogar dem gegenüber geschützt, dem der gegenwärtige Besitzer durch verbotene Eigenmacht entzogen hat.[2]) Der Eigentümer, der dem Dieb die gestohlene Sache gewaltsam wieder abnimmt, nachdem der Besitz des Diebes durch Zeitablauf gefestigt ist, begeht verbotene Eigenmacht und unterliegt dem Selbstschutzrecht des Diebes.

Im einzelnen haben also Besitzschutz gegen verbotene Eigenmacht der Eigenbesitzer (Nießbrauchsbesitzer), der Pfandbesitzer, der Mieter, der Pächter, der Leiher, der Verwahrer, Beauftragte, Frachtführer, der Ehemann bei gesetzlichem Güterstande hinsichtlich des seiner Verwaltung unterstehenden Frauengutes, der Konkursverwalter hinsichtlich der Konkursmasse, der Gerichtsvollzieher hinsichtlich der gepfändeten Sachen, der Testamentsvollstrecker hinsichtlich des Nachlasses, der Erbe, auch wenn er die Erbschaft noch nicht angetreten hat gemäß § 857, endlich der Finder.

2. Ist verbotene Eigenmacht gegenüber mittelbarem Besitz möglich?

In einer Reihe von Fällen der vorstehenden Aufzählung steht dem Besitzer eine andere Persönlichkeit gegenüber,

[1]) Note 3. Es würde zu weit führen, in dieser Bearbeitung auf die vielbestrittene Frage nach der rechtlichen Natur des Besitzes, ob Recht oder Tatsache, einzugehen. Mit den im Texte gegebenen Worten ist kundgegeben, daß Besitzschutz überall angenommen wird, wo das tatsächliche Verhältnis der Innehabung besteht. [2]) Planck, Erläuterung 1, S. 3 zu § 859.

zu der der Besitzer in einem Verhältnisse steht, vermöge dessen er ihm gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so der Vermieter dem Mieter u. a. m.

Von diesem „anderen“ sagt der § 868, daß er „auch Besitzer“ sogenannter mittelbarer Besitzer sei.

Ein Besitzstreit gerade zwischen diesen beiden — dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer — ist eine nicht selten vorkommende Erscheinung des täglichen Lebens. Man denke an die Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter über das vom Mieter nicht gewollte Betreten der Mietsräume seitens des Vermieters und ähnliche Fälle mehr. Für die vorliegende Abhandlung ergibt sich nun die Frage: Wessen Vorgehen in obigem Streit ist widerrechtlich, ist verbotene Eigenmacht? dasjenige des Vermieters, der als mittelbarer Besitzer Handlungen vornimmt, die den unmittelbaren Besitz des Mieters beeinträchtigen oder die Handlungen des Mieters, welche dazu dienen, den Eingriff des Vermieters mit Gewalt abzuwehren?

So wie der Fall auf einen Besitzstreit auf der Grundlage eines Mietsverhältnisses abgestellt ist — und was für dieses gilt, muß auch für alle anderen ähnlichen Verhältnisse seine Geltung behaupten — muß es dem Laienverstand naturgemäß erscheinen, daß die Wiederrechtlichkeit auf der Seite des Vermieters liegt und der Besitz des Mieters des Schutzes gegen solche Beeinträchtigungen bedarf. Dennoch ist die Frage in der Litteratur nicht ganz unbestritten. Ausgehend von der theoretischen Erwägung, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes der mittelbare Besitzer auch Besitzer sei, will man, da der § 859 keinen Unterschied mache zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer, das Selbsthülferecht auch dem mittelbaren Besitzer gegen den Besitzmittler gewähren.[1]) Voraussetzung des Selbsthülferechts ist aber, daß verbotene Eigenmacht geübt ist. Es wird also angenommen, daß verbotene Eigenmacht gegenüber dem mittelbaren Besitz begrifflich möglich sei. In der Tat nimmt Kniep[2]) überall dort Besitzstörung (verbotene Eigenmacht) an, wo der Mieter die ihm eingeräumten Befugnisse überschreite und in die Macht-

[1]) So vor allem Giercke Fahrnisbesitz S. 7 u. ferner Buhl a. a. O. S. 39 f. Gaertner a. a. O. S. 151, Bekker a. a. O. S. 68, Kniep a. a. O S. 9, 414. [2]) a. a. O. S. 414.

sphäre des Vermieters eingreife, so wenn der Hausherr das Dach bessern lassen wolle und der Mieter ihm das Betreten der gemieteten Dachstube verbiete, oder wenn der Hausherr die gekündigte Wohnung anderweitig vermieten wolle, der Mieter aber allen Reflektanten die Besichtigung der Mietsräume verbiete und andere Beispiele mehr.

Dem ist nicht beizutreten: Es handelt sich in den angeführten Beispielen nicht um Handlungen, die den Besitz beeinträchtigen, sondern um Rechtsverletzungen. Der Mieter handelt wider den nach Treu und Glauben auszulegenden Inhalt des Mietsvertrags, ebenso wie der Verwahrer, der Mieter des Pianoforte, der Bankier in den von Bekker[1]) gegebenen Beispielen vorsätzlich kontraktwidrig sowohl wie unerlaubt im Sinne des § 823 handeln.

Gegen solches Verhalten ist genügender Schutz im § 229 gegeben.[2])

Der Ansicht Knieps, Gierckes, Bekkers usw. dürfte eine Verkennung des Begriffs „mittelbarer Besitz“ im Sinne des § 868 zu Grunde liegen. Der mittelbare Besitz ist nicht die tatsächliche Beziehung des Menschen zur Sache, vermöge deren er die Gewalt über sie ausübt. Dieser tatsächlichen Beziehung hat sich der mittelbare Besitzer zu Gunsten des Besitzmittlers entäußert.

In den Fällen mittelbaren Besitzes ist die Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache durch eine andere Person, den unmittelbaren Besitzer vermittelt, dieser, dessen tatsächliche Gewalt durch die von ihm vermittelte Beziehung des anderen zur Sache nicht im geringsten eingeschränkt wird, steht zwischen mittelbarem Besitzer und der Sache. Die tatsächliche Gewalt aber, das äußerlich erkennbare Herrschaftsverhältnis zwischen Person und Sache genießt um des öffentlichen Friedens willen den rechtlichen Schutz.

Mit dieser Stellungnahme zu der vielbestrittenen Frage nach dem Wesen des mittelbaren Besitzes, indem also unter Betonung lediglich der Negative angenommen wird, daß mittelbarer Besitz nicht wie der Besitz kat exochen das Verhältnis der tatsächlichen Gewaltherrschaft des Recht-

---

[1]) a. a. O. S. 69. [2]) Hiernach ist auch die von Bekker a. a. O. geäußerte Befürchtung, durch die neuen reichsgesetzlichen Vorschriften werde die Moral im geschäftlichen Leben beeinträchtigt, unbegründet.

subjekts über die Sache ist, muß die vorliegende Abhandlung sich begnügen.

Von dem angenommenen Gesichtspunkte ausgehend gelangt man unschwer zu einer Entscheidung der an die Spitze dieses Abschnittes gestellten Frage nach dem Verhältnis von der verbotenen Eigenmacht zum mittelbaren Besitz. Es ergiebt sich:

1. Jede Besitzbeeinträchtigung des unmittelbaren Besitzers durch den mittelbaren Besitzer ist, soweit nicht die — unten zu besprechenden — gesetzlichen Ausnahmen vorliegen, verbotene Eigenmacht, denn der Besitzmittler, nicht der mittelbarer Besitzer hat possessorisch geschützten Besitz;
2. gegen den mittelbaren Besitzer geübte verbotene Eigenmacht ist begrifflich unmöglich, da verbotene Eigenmacht Beeinträchtigung der tatsächlichen Gewalt ist, diese aber dem mittelbaren Besitzer fehlt.

Es kann daher weder der Besitzmittler noch ein Dritter verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitz verüben. Der hier vertretene Standpunkt wird im Resultat von der herrschenden Meinung geteilt.[1])

3. Verbotene Eigenmacht beim Mitbesitz.

Besonders geregelt ist der Besitzschutz gegen verbotene Eigenmacht im Falle des Mitbesitzes. Mitbesitz liegt dann vor, wenn mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen (sowohl Gemeinschaft zur gesamten Hand wie Gemeinschaft nach Bruchteilen).

Mitbesitz ist demnach, wie Planck zutreffend ausführt,[2]) der dem Einzelnen zustehende Anteil an dem gemeinschaftlichen Besitz.

Was den Schutz des Mitbesitzes gegen verbotene Eigenmacht betrifft, so ist zu unterscheiden zwischen Handlungen, die von Dritten und solchen, die von Mitbesitzern begangen werden.

---

[1]) Mot. III, S. 110. 3. Abs. S. 114, Abs. III, Protok. S. 222, Denkschrift S. 114. Planck Bemerk. 2 zu § 869, Biermann Note 3 zu 869 Abs. 3, Strohal Sachbesitz S. 121, Cosack S. 82, Bendix S. 21 und 22. [2]) Bemerkung 1 zu § 866.

Eingriffe Dritter in die Besitzsphäre eines Mitbesitzers ohne dessen Willen sind verbotene Eigenmacht, gegen die der Besitzschutz in Gestalt von Selbsthülfe und Klagerecht gegeben ist, selbstverständlich nach den Ausführungen im vorigen Abschnitt, vorausgesetzt, daß der Mitbesitz unmittelbarer Besitz ist. In den Fällen des mittelbaren Mitbesitzes gilt das im vorigen Abschnitt ausgeführte.

Anders steht es um Handlungen, welche von einem unmittelbaren Mitbesitzer gegen den andern unternommen werden und den Besitz des letzteren beeinträchtigen. Gegen diese findet nach der Vorschrift des § 866 ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt, mit anderen Worten: Soweit diese Handlungen den Genossen im Besitz nur in seinem Gebrauch der Sache beeinträchtigen, sollen sie als verbotene Eigenmacht, auch wenn deren Tatbestandsmerkmale, wie Handeln ohne den Willen des Genossen an sich gegeben sind, nicht angesehen werden, sie können im Besitzprozeß nicht geltend gemacht werden noch darf ihnen Selbsthülfe aus § 859 entgegengesetzt werden.

Es handelt sich im § 866 um eine Ausnahmevorschrift, deren legislatorischer Zweck, wie die Protokolle [1]) hervorheben, in dem Bestreben liegt, die Hineintragung eines rein petitorischen Elementes in die Besitzklage zu vermeiden. Immerhin sind es Handlungen, die den Besitzer (den Besitzgenossen) ohne dessen Willen im Besitz beeinträchtigen, die aber vom Gesetz ausdrücklich außerhalb des Kreises der verbotenen Eigenmacht gesetzt worden sind. Der Paragraph hat mancherlei Kontroversen veranlaßt.[2]) Ein Eingehen auf die wesentlichen streitigen Punkte in der vorliegenden Bearbeitung scheint geboten. Vorwegzunehmen ist, daß darüber allseitige Einigkeit herrscht, daß aus der Fassung: findet ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt, hervorgeht, daß unter die Ausnahmebestimmung nur Besitzstörungs-, nicht aber Besitzentziehungshandlungen fallen.[3]) Sofern einem

[1]) Seite 42. [2]) Vergl. die Abhandlungen von Seelers und Wolffs in Jherings Jahrbücher, Band 44, dazu Planck Bem. 2 a. a. b. zu § 866. [3]) Denkschrift S. 113, Protokolle S. 42. Planck Bemerk. 2 a. E. zu § 866. Biermann, Note zu § 866. Neumann, Handausgabe Note 3 zu § 866. Wolf a. a. O. S. 176. Riso a. a. O. S. 33.

Mitbesitzer von dem Genossen der Besitz entzogen wird, kommt ihm der Besitzschutz zu der Folge zu Gute, daß er sowohl Wiedereinräumung klagend begehren als auch Selbsthülfe gemäß § 859 üben kann. Z. B. begeht der Mieter einer Wohnung in einem Hause, das mehrere Mietswohnungen enthält, verbotene Eigenmacht, wenn er an der unverschließbaren Tür des gemeinsamen Bodens ein Schloß anbringen läßt und dadurch den Besitz des Mitmieters am Boden unmöglich macht; dieser übt erlaubte Selbsthülfe, wenn er die Tür gewaltsam öffnet und sich so den Zugang erzwingt.

Die Hauptstreitfrage betrifft die Bedeutung der Worte: „findet ein Besitzschutz nicht statt.“ Während Einige [1]) dem Wortlaut des Paragraphen folgend annehmen, soweit der § 866 den Besitzschutz ausschließe, seien die Eingriffe eines Mitbesitzers in den Besitz des andern nicht verbotene Eigenmacht, lehren andere und zwar gerade diejenigen, welche den Mitbesitz nach dem B. G. B. zum Gegenstand besonderer Abhandlungen gemacht haben,[2]) daß jede Handlung, die ein Mitbesitzer in Bezug auf die gemeinsam besessene Sache vornehme, entweder rechtlich geschützt oder rechtlich verboten sein müsse, daß also entweder der Handelnde oder dessen Gegner possessorisch geschützt werden müsse, es frage sich nur, wer von beiden.

So in den Voraussetzungen mit einander übereinstimmend geraten die Vertreter der letzteren Meinung unter einander in Widerstreit. von Seeler [3]) unterscheidet Gebrauchshandlungen und reine Besitzhandlungen, welche zur Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses erforderlich sind und sich hierin erschöpfen. Die letzteren seien keine verbotene Eigenmacht, auch wenn sie gegen den Willen des Genossen vorgenommen würden, die ersteren dagegen stellten sich als verbotene Eigenmacht dann dar, wenn sie gegen den Willen des Mitbesitzers vorgenommen würden; dazu genüge, daß dieser gegen die Gebrauchshandlung ein Verbot verlautbart habe oder sogar daß ein Verbieten auch nur zu erwarten gewesen sei.

---

[1]) Planck 2 b. a. a. O. Buhl a. a. O. S. 36. Neumann, Anmerk. 3 b. zu § 866. Cosack § 272, Ziffer 2. [2]) Wolff S. 170 f. a. a. O. v. Seeler S. 363 a. a. O. [3]) a. a. O. Seite 364.

Diese Theorie verläßt völlig die durch das Gesetz gegebene Basis. Wenn es dort heißt „soweit es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt, findet Besitzesschutz nicht statt“, so bedeutet das: Gebrauchshandlungen des Mitbesitzers sind nicht verbotene Eigenmacht. v. Seeler lehrt das Gegenteil. Gebrauchshandlungen sind dann verbotene Eigenmacht, wenn sie gegen den Willen des anderen, d. h. wider ein Verbot desselben vorgenommen werden. Es genügt für ihn also freilich nicht, daß sie ohne den Willen des Mitbesitzers begangen werden, ein mehr erfordert der § 858 nicht; sondern sie müssen wider ein bestimmtes ausdrückliches oder aus den Umständen zu entnehmendes Verbot des Mitbesitzers verstoßen. Das erscheint als eine rein willkürliche Aufstellung einer Spezialnorm neben der gesetzlichen Vorschrift.

Der andere — Wolff[1]) — geht von dem Gesichtspunkt aus, der Grundgedanke des § 866 sei der, es solle über die Grenzen des Sachgebrauchs im Possessorium nicht gestritten werden.

Daraus folgert er, der Mitbesitzer, welcher an der gemeinschaftlichen Sache Gebrauchshandlungen vornehme, die nach seiner vom Gegner bestrittenen Behauptung innerhalb der Grenzen des ihm zustehenden Gebrauchs, oder die unstreitig außerhalb dieser Grenzen liegen, des Besitzschutzes entbehre, Besitzschutz genieße vielmehr sein Gegner gegen die trotz des Widerspruchs vorgenommenen Handlung.

Also auch er nimmt trotz der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung Besitzschutz an und erklärt die betreffenden Handlungen für verbotene Eigenmacht. Beide Theorien kommen zu unrichtigem Ergebnis, weil sie auf falscher Basis gegründet sind. Nicht zugunsten des einen der Gegner im Besitzstreit soll nach der Bestimmung des Paragraphen mit der erwähnten Beschränkung der Besitzschutz ausgeschlossen sein, sondern schlechthin für jeden Mitbesitzer. Es soll im Prozeß keiner sich darauf berufen können, die Handlung des anderen sei verbotene Eigenmacht, ebensowenig soll der eine oder der andere sich der

[1]) a. a. O.

Selbsthülfe aus § 859 gegenüber den Handlungen seines Genossen bedienen. Mit gutem Grund: Denn ein Besitzstreit im eigentlichen Sinne ist beim Mitbesitze gar nicht denkbar. Der Begriff des Besitzstreites erheischt, daß der eine der Streitenden die tatsächliche Gewalt über die Sache hat und der andere nicht. Beim Mitbesitze haben aber beide — soweit nicht seitens des einen Genossen eine Besitzentziehungshandlung vorgenommen ist, in welchem Falle, wie oben erwähnt ist, der § 866 keine Anwendung findet — die Gewaltherrschaft, es liegt gemeinschaftlicher Besitz vor. Nicht also der Besitz, sondern die Anteilsberechtigung am Gebrauch ist streitig, es handelt sich also um einen petitorischen Anspruch, für den der Besitzschutz nicht gegeben ist.

Weitere Kontroversen bestehen über die Bedeutung der Worte „Grenzen“ und „Gebrauch“.

Der Begriff Gebrauch darf richtiger Ansicht nach nicht zu eng verstanden werden, er umfaßt jede Besitzausübung, insbesondere auch Verwaltung und Nutzung.[1])

Ebenso ist der Begriff „Grenzen“ im weitesten Umfang zu nehmen. Es kommt sowohl die Abgrenzung nach Art und Maß als die räumliche und zeitliche Einteilung in Frage. So wird in dem von Wolff[2]) und Endemann[3]) zitierten Fall aus den Entscheidungen des Pr. Obertribunals —

> Eine Kirchengemeinde, welche mit einer anderen eine Kirche gemeinschaftlich in der Weise benutzte, daß jede von ihnen zu bestimmten Stunden den Gottesdienst abhielt, klagt gegen die Mitbesitzerin wegen Besitzstörung, weil dieselbe eines Tages für die bisher von der Klägerin benutzte Stunde ihren Gottesdienst angekündigt hatte —

nach heutigem Recht die Klage abzuweisen sein, weil die Beklagte in Beihalt des § 866 verbotener Eigenmacht sich nicht schuldig gemacht hatte.[4])

4. verbotene Eigenmacht beim Quasibesitz.

Nach der Vorschrift der §§ 1029, 1090 finden die für den Schutz des Sachbesitzes geltenden Vorschriften

[1]) s. Planck Erl. 2 zu § 866, Biermann Bem. zu § 866, a. M. von Seeler a. a. O. S. 364. [2]) a. a. O. S. 175. [3]) Band II S. 177. [4]) So Wolff a. a. O., a. M. Endemann.

entsprechende Anwendung bei dem Quasibesitz einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, unter der Voraussetzung, daß die Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist und innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist. Quasibesitzer ist im Falle des § 1029 der Besitzer, Eigentümer, Nießbraucher des herrschenden Grundstücks, im Falle des § 1090 derjenige, der die Dienstbarkeit ausübt.[1]) Demnach übt derjenige, der den Quasibesitzer in den genannten Fällen in der Ausübung der Dienstbarkeit stört, indem er ihn teilweise oder gänzlich[2]) an der Ausübung gegen seinen Willen hindert, verbotene Eigenmacht.

d. ohne den Willen des Besitzers vorgenommen ist.

Nur wenn sie ohne den Willen des Besitzers vorgenommen wird, ist die Beeinträchtigung des Besitzes verbotene Eigenmacht. Hat der Besitzer die Beeinträchtigung gewollt, so entfällt die Widerrechtlichkeit: „volenti non fit injuria“. Selbstverständlich muß der Wille des Besitzers in irgend einer Weise zum Ausdruck kommen.[3]) Er muß der Beeinträchtigung zustimmen. Die Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Daraus allein, daß der Besitzer der Beeinträchtigung nicht widerspricht, kann seine Zustimmung natürlich nicht entnommen werden: Der Straßenräuber, der dem Wanderer widerstandslos die Börse aus der Tasche zieht, begeht zweifellos verbotene Eigenmacht.

Allgemeine Regeln lassen sich nicht aufstellen: es ist Tatfrage, ob Zustimmung des Besitzers vorhanden ist oder nicht. Es bedarf wohl noch der Erwähnung, daß, wenn hier der Ausdruck Zustimmung gebraucht ist, nicht an das in § 182 ff. geregelte einseitige empfangsbedürftige Rechts-

---

[1]) Muß dies notwendig der Servitutberechtigte sein? Dies bejaht Endemann Band 2, S 417, Anmerk. 1 und hält, da nur die Geltendmachung des Rechtes in Frage komme, die Heranziehung des § 1029 an § 1090 II für im Wesentlichen verkehrt. Dagegen Planck Bem. 3 zu § 1090: „erfordert wird nicht die Existenz der Dienstbarkeit sondern nur die Eintragung und Ausübung im letzten Jahre.“ Biermann nimmt an Bemerk. zu § 1090, daß § 1029 Anwendung findet, wenn derjenige, der die Dienstbarkeit ausübt, sie für den eingetragenen Berechtigten ausübt. [2]) Insofern kann sehr wohl auch Besitzentziehung vorkommen a. M. Riso Anm. auf S. 34. [3]) Nach Bendix (s. Neumanns Jahrbuch S. 514) genügt zur Annahme der Widerrechtlichkeit die Unkenntnis des Besitzers.

geschäft gedacht ist.[1]) Hier handelt es sich um eine in die Erscheinung getretene Tatsache — nämlich das Vorhandensein oder den Mangel des Willens. —

Die Zustimmung muß zur Zeit der Besitzbeeinträchtigung vorhanden sein. Eine im voraus erteilte Einwilligung, wie Bendix[2]) sie z. B. durch Mietskontrakt[3]) dem Vermieter als rechtswirksam erteilt annimmt, wird durch den entgegenstehenden Willen des Besitzers zur Zeit der Beeinträchtigung unwirksam. Eines ausdrücklichen Widerrufes, wie Planck[4]) ihn verlangt, bedarf es nach dem hier vertretenen Standpunkt nicht. Ebensowenig kann der von Bendix aufgestellten Meinung, Genehmigung (nachträgliche Zustimmung) schließe die verbotene Eigenmacht aus, wenigstens in dieser Form beigetreten werden. In der Genehmigung ist nur ein Verzicht auf die aus der begangenen verbotenen Eigenmacht dem Besitzer erwachsenen Rechte zu erblicken.

Maßgebend ist nach den sub c 2 entwickelten Grundsätzen der Wille des unmittelbaren Besitzers. Bemerkt mag werden, daß bei der Besitzdienerschaft (§ 855) es auf den Willen des Besitzdieners nicht ankommen kann. Im Verhältnis zum Besitzherrn ist das ohne weiteres klar. Der Besitzherr kann keine verbotene Eigenmacht gegen den Besitzdiener üben, wohl aber dieser gegen jenen. Aber auch im Verhältnisse des Besitzdieners zu dritten kommt sein Wille gegenüber dem ausgesprochenen Willen des Besitzherrn nicht inbetracht. Das zeigt folgendes Beispiel. Zu der Ehefrau A kam der — wenigvertrauenswürdige Händler B. und erklärte ihr, der — abwesende — Ehemann A habe ihm vor einer Stunde im benachbarten Dorfe seine 2 Schweine verkauft und ihn ermächtigt, dieselben sofort abzuholen. Die Frau erhob gegen die Wegnahme der Schweine Widerspruch und widersetzte sich mit Gewalt. Die Angaben des Händlers beruhten auf Wahrheit. Danach handelte die Frau widerrechtlich. Ihre Beziehung zu den Schweinen war gemäß §§ 1357, 835 diejenige des

[1]) Planck, Bem. 1 a Abs. 3 zu § 858 will freilich die Zustimmung des Besitzers, welche, wenn nicht ein Rechtsgeschäft so doch eine Rechtshandlung sei, den für Rechtsgeschäften geltenden Vorschriften unter entsprechender Anwendung unterstellen. Auch Bendix hält den Konsens einer Geschäftsunfähigen zum Ausschluß der Widerrechtlichkeit nicht für genügend. (Neumanns Jahrbuch a. a. O.) [2]) a. a. O. [3]) Vergl. Neumann, Handausgabe, Note 2 b zu 858. [4]) a. a. O.

Besitzdieners. Ihr entgegenstehender Wille kam gegenüber der Zustimmung des Besitzherrn, ihres Ehemannes nicht inbetracht. Darnach beging der Händler nicht verbotene Eigenmacht. Diese ist aber Voraussetzung für die gewaltsame Besitzverteidigung nach § 859.

e. Die Beeinträchtigung des Besitzes zur Folge hat.

Der durch die eigenmächtige Handlung herbeigeführte Erfolg ist die Beeinträchtigung des Besitzes. Das Gesetz unterscheidet Besitzentziehung und Besitzstörung. Der Besitz wird entzogen, wenn der Besitz des bisherigen Besitzers beendigt wird, er wird gestört, wenn der Besitzer die tatsächliche Gewalt zwar behält aber in der Ausübung derselben beeinträchtigt wird. Störung ist partielle Entziehung, wohlverstanden nicht Entziehung eines körperlichen Teils der Besitzsache. Die Besitzentziehung ist regelmäßig mit dem Besitzerwerb des Angreifers verbunden, das ist bei der Besitzstörung begrifflich ausgeschlossen.

1. Besitzentziehung.

Die Besitzentziehung ist vollzogen, wenn der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache durch die Handlung des Angreifers verloren hat (§ 856 Abs. 1); indessen ist eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Behinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt als Besitzverlust nicht anzusehen (§ 856 Abs. 2). Daß die Einschränkung der Bestimmung des cit. Paragraphen Abs. 2 auch auf die Besitzentziehung Anwendung findet, ist unbedenklich anzunehmen. Zweifel können entstehen bei der Entscheidung der Frage: wann ist die durch den Angriff hervorgerufene Verhinderung in der tatsächlichen Gewalt ihrer Natur nach dauernd, wann vorübergehend? Das bürgerliche Gesetzbuch enthält sich einer gesetzlichen Exemplifikation sowohl für Mobilien wie für Grundstücke, es bleibt vielmehr der Verkehrsanschauung überlassen, wann sie trotz des Angriffs die Herrschaftsmacht des Besitzers als fortdauernd, wann als durch den Angriff aufgehohen ansehen will. Die Entscheidung hängt von der Lage des Einzelfalles ab.[1])

Eine nur vorübergehende Verhinderung kann in der Art und Weise des Angriffs begründet sein.

[1]) Denkschrift 110, Protokoll S. 35, Planck Bemerk. zu § 856.

Ein mit Verschlußkette versehenes Fahrrad, das der Besitzer auf kurze Zeit an das Straßentrottoir gelehnt hat, wird von dem Diebe, soweit der Verschluß die Umdrehung des Rades gestattet, fortgeschoben. Nachdem der Dieb das Vorhandensein der Verschlußkette bemerkt hat, läßt er das Rad stehen. Hier scheint der Besitz überhaupt nicht unterbrochen.

Eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Behinderung des Besitzers in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt kann ferner auch im Willen des Angreifers begründet sein, so beim Benutzen der Pferde des Nachbarn zum Zwecke des Einfahrens der Ernte[1]) oder des Fahrrades des Freundes zu einem kurzen Wege, ohne daß der Nachbar, der Freund von der Benutzung weiß, während andererseits die Absicht des Täters dem Besitzer den Besitz zu entziehen offenbar fehlt. Auch hier dauert der Besitz fort, denn die Benutzung der fremden Sachen hat unter Respektierung des fremden Besitzes stattgefunden.[2])

Ist der durch den Angriff eingetretene Zustand der Verhinderung des Besitzers an der Ausübung der tatsächlichen Gewalt seiner Natur nach ein dauernder, so ist auch der Besitzverlust eingetreten — es handelt sich, wie gleich hier vorweg bemerkt werden mag — bei der Selbsthülfe in dem Abs. 2 und 3 des § 859 um entzogenen Besitz; gleichviel ob es sich um den Besitz beweglicher Sachen oder von Grundstücken handelt.

Darin liegt ein einschneidender Gegensatz des Rechts des bürgerlichen Gesetzbuches zum gemeinen Recht, das für den Verlust des Besitzes an Grundstücken außer der Entziehung auch noch die Kenntnis des Besitzers von der Entziehung verlangt.[3])

Das bürgerliche Gesetzbuch, dessen erster Entwurf noch im § 812, der von der Kommission für die zweite Lesung gestrichen worden ist[4]), eine im wesentlichen gleiche Bestimmung getroffen hatte, weiß von dieser Besonderheit des Besitzes an Immobilien nichts.[5])

[1]) Endemann S. 150. [2]) Vergl. dazu Bendix S. 18 der für ähnliche Fälle, die sich äußerlich als Turbation darstellen, den Richter anweist, die Umstände, durch die der Täter nachzuweisen suche, daß die äußerlich als Turbation erscheinende Handlung ihrer Richtung und ihrem Wesen nach keine solche sei, zu prüfen. [3]) Windscheid § 156 Note 8, Dernburg Pandekten Band I § 182 Note 9. [4]) Vergl. Protokolle S. 35. [5]) Planck, Bemerk. 3 zu § 856, Kniep a. a. O. S. 271, Maenner S. 103.

2. Blosse Besitzstörung.

Besitzstörung ist jede Beeinträchtigung des Besitzes, abgesehen von der Besitzentziehung. Jeder Eingriff in den Besitz, durch den der Besitzer in der vollen Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache, so wie sie ihm entsprechend der natürlichen Beschaffenheit der Sache nach der Verkehrsanschauung zusteht, ist Besitzstörung.[1]) Störung ist sowohl beim Besitz von beweglichen Sachen denkbar wie beim Besitz von Immobilien. Beim Immobiliarbesitz werden die Fälle der Besitzstörung zahlreicher sein.[2]) Hervorzuheben ist: jede auch die geringfügigste einzelne Handlung, die ohne den Willen des Besitzers vorgenommen wird und ihn im Besitze stört, ist verbotene Eigenmacht. Durch die Handlung braucht kein zeitlich fortwirkender Zustand geschaffen zu werden, wie ihn nach der zutreffenden herrschenden Meinung die Besitzstörungsklage des § 862 zum Klagegrund erheischt.[3]) Das ist ein zu der verbotenen Eigenmacht hinzutretendes Moment; die Besitzstörung an sich ist, auch wenn sie keine weiteren Spuren hinterläßt, wie das einmalige unbefugte Gehen über ein Grundstück, verbotene Eigenmacht und berechtigt den Besitzer zur Selbstverteidigung nach § 859 Absatz 1.

Zweifelhaft kann es sein, ob die sogenannten übermäßigen Immissionen aus dem Nachbargrundstücke, gegen welche dem Eigentümer der negatorische Anspruch aus § 1004 zusteht, aus dem Gesichtspunkte der Besitzbeeinträchtigung als verbotene Eigenmacht anzusehen sind. Danach wird zu entscheiden sein, ob der Mieter oder Pächter eines Grundstücks selbständig durch Selbsthülfe die Beeinträchtigung beseitigen darf, ob er ein eigenes Klagerecht gegen den Nachbar geltend machen kann, oder ob er darauf angewiesen ist, von seinem Vermieter (Verpächter) zu verlangen, daß er ihm Abhilfe verschaffe.[4])

Die Entscheidung wird von zwei Feststellungen abhängig sein: einmal wird man fragen müssen: Hat die Immission ihren Grund in einer Handlung des Nachbarn? ferner: Wird durch die Immission eine Beeinträchtigung

[1]) Vgl. Planck, Bemerk. 2a, Abs. 2 zu § 862. [2]) Eine große Zahl von Beispielen bietet Kniep a. a. O. S. 434 ff. [3]) Motive S. 123, Denkschrift S. 112, Planck, Anmerk. 2a zu § 862, Neumann Note 1, 2 § 863, Biermann Note 2a zu § 862. [4]) So Dernburg Band 3 S. 229.

des Besitzes als solchen herbeigeführt? Für die letztere Frage wird wiederum die Verkehrsanschauung maßgeblich sein.

Im Falle des letzten Satzes § 906 (Zuführung durch eine besondere Leitung) wird regelmäßig „Besitzstörung“ vorliegen. Ebenso wird nach der Verkehrsanschauung nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden sein, ob in einer wörtlichen Bedrohung Besitzstörung anzunehmen ist oder nicht.

f. Und nicht ausnahmsweise vom Gesetze gestattet ist.

Die Besitzbeeinträchtigung ohne den Willen des Besitzers ist ausnahmsweise nicht widerrechtlich, wenn das Gesetz dieselbe gestattet. Mit dieser Bestimmung stellt das bürgerliche Gesetzbuch der verbotenen Eigenmacht den Begriff „erlaubte Eigenmacht“ gegenüber. Erlaubt ist die Eigenmacht allemal dann, wenn sie zur Wahrung eines rechtlich geschützten Interesses dient, das von der Rechtsordnung höher bewertet wird als der Besitz:

Hierher gehören eine Reihe von Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches.

Wenn die eigenmächtige Besitzbeeinträchtigung die erforderliche Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff bildet, so ist sie erlaubt (§ 227), ebenso wenn sie zur Abwehr einer Gefahr dient, welche in der besessenen Sache begründet ist, und wenn die Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht (§ 228). Auch die Beeinträchtigung zum Zwecke der Selbsthülfe gemäß § 229 ist erlaubt. Der Vermieter darf die seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen des Mieters, wenn dieser auszieht, gegen dessen Willen im Besitz nehmen (§ 561); weitere Fälle der erlaubten Eigenmacht bietet das Nothülferecht des § 904, das Überhangsrecht des § 910 und das Verfolgungsrecht des Eigentümers eines Bienenschwarms aus § 962.[1]) In allen diesen Fällen ist es

[1]) Bestritten ist, ob die Rechte des Ehemannes nach § 1373, des Testamentsvollstreckers nach § 2205 zur Besitznahme des eingebrachten Gutes resp. der Nachlaßsachen zu eigenmächtigem Handeln befugen dafür Bartels a. a. O. S. 674 im Falle des § 2205 Strohal S. 50, dagegen Gaertner S. 166. Eigenartig Buhl 33, 34, dagegen auch Neumann Handausgabe Note 3 zu § 373.

das gefährdete Recht, zu dessen Gunsten der Grundsatz: „Vor allem muß der Besitz um des öffentlichen Friedens willen geschützt werden“ durchbrochen wird. Anders steht es um die erlaubte Eigenmacht des Besitzers nach § 859 Absatz 2 und 3. Diese findet ihren Grund in der Tatsache, daß gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht geübt ist und der Besitz des Angreifers noch nicht gefestigt ist.

Aus der Fassung der Bestimmung über die erlaubte Eigenmacht „soweit nicht das Gesetz . . . . gestattet“ geht hervor, daß die Fälle erlaubter Eigenmacht nicht auf die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches beschränkt sind. Gesetz im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches ist jede Rechtsnorm (E. G. Art. 2).

Tatsächlich finden sich in anderen Gesetzen Anwendungsfälle erlaubter Eigenmacht: Nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung §§ 808, 831, 883—885 hat der Gerichtsvollzieher das Recht, Sachen des Schuldners eigenmächtig in Besitz zu nehmen, ebenso kann nach § 117 der Konkursordnung der Konkursverwalter die zur Konkursmasse gehörigen Sachen ohne Rücksicht auf den Willen des Gemeinschuldners in Besitz nehmen. Der Artikel 89 des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch behält den Landesgesetzen vor, ähnliche Bestimmungen bezüglich der Privatpfändung zu erlassen.

II. Die Selbsthülfe des Besitzers.

Das Recht des Besitzers zur Selbsthülfe gegenüber verbotener Eigenmacht ist in den §§ 859, 860 des bürgerlichen Gesetzbuches geregelt, und zwar bestimmt Absatz 1 des § 859 das Recht der Abwehr, der Absatz 2 und 3 das Wiederbemächtigungsrecht, der § 860 erstreckt die Befugnis des § 859 auf den Besitzdiener.

Voraussetzung des Selbsthülferechts ist verbotene Eigenmacht also nach dem sub I Ausgeführten, Besitzbeeinträchtigung des unmittelbaren Besitzers ohne dessen Willen, soweit sie nicht „erlaubte Eigenmacht“ ist.

Wenn im § 859 jedesmal durch das Wort „darf“ die Berechtigung ausgesprochen ist, ist damit die Widerrechtlichkeit der betreffenden Handlung negiert. Damit

entfällt — und das ist die praktische Bedeutung des § 859 — bezüglich der zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommenen Handlungen (etwa der Körperverletzung, der Eigentumsverletzung, der Sachbeschädigung, des Hausfriedensbruchs) für das Gebiet des Zivilrechts die Verantwortlichkeit, für das Gebiet des Strafrechts die Strafbarkeit.

a. Das Recht der Abwehr.

1. Das Verhältnis der Abwehr zur Notwehr.

„Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren." Die Bestimmung erscheint auffällig angesichts der unverkennbaren Ähnlichkeit mit dem die Notwehr behandelnden § 227 des bürgerlichen Gesetzbuches. Dort heißt es: Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich, und im 2. Absatz des Paragraphen wird Notwehr als die erforderliche Verteidigung gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff definiert. Offenbar also dieselbe Norm einmal positiv, einmal negativ abgefaßt, nur mit dem Unterschied, daß der Kreis der Träger des Rechts im § 227 — das Rechtssubjekt allgemein — größer ist als im § 859 — der Besitzer. Demnach wäre der § 859 Abs. 1 keine Sondervorschrift für den Besitzer, sondern nur eine ausdrückliche Bestätigung, daß das Notwehrrecht auch dem Besitzer zustehe. Das nimmt die herrschende Meinung in der Tat an. Die Motive,[1]) wörtlich acceptiert von Planck:[2]) der Absatz 1 des § 859 spricht dem Besitzer in positiver Fassung des § 227 die Berechtigung zur Verteidigung zu. Ähnlich die Denkschrift[3]) der § 843 Abs. 1 gewährt dem Besitzer in Verfolg der Vorschriften des § 227 über die Notwehr das Recht, sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren. Endemann[4]) bezeichnet die Selbsverteidigung des Besitzers als Ausfluß des allgemein zustehenden Rechtes der Notwehr.

Biermann[5]) nimmt an, daß der im Abs. 1 des § 859 gewährte Selbstschutz kaum über die Notwehr hinausgehe. Buhl.[6]) „Die Befugnis ergiebt sich schon aus den allgemeinen Bestimmungen über die Notwehr und steht unter deren

[1]) III. Bd. S. 112. [2]) Note 2 zu § 859. [3]) S. 111. [4]) Band II S. 174. [5]) Note 2 zu § 859. [6]) a. a. O. S. 34.

Regeln.“ Bekker[1]) erkennt keinen Unterschied zwischen § 859 I und § 227 und hält es für überflüssig und gefährlich dieses Recht der Notwehr unter den Rechten des Besitzers ausdrücklich aufzuführen, weil überflüssiges im Gesetzbuche nicht vermutet werde und leicht zu Misdeutungen führe.

Andererseits fehlt es nicht an solchen, welche den Sondercharakter der Vorschrift des § 859 Abs. 1 gewahrt wissen und ihr eine über die Notwehr hinausgehende Bedeutung vindicieren wollen. So vor allem Bendix:[2]) das Recht der Selbstverteidigung und Selbsthülfe ist an die Schranken des § 227 ff. nicht gebunden, es hat darüber hinaus eine Erweiterung erfahren.[3])

Fischer und Henle[4]) nehmen an, daß das Recht aus § 859 auch ohne die Voraussetzungen des § 227 ff. geübt werden könne.

Riso[5]) wendet sich gegen die Auffassung, daß in den Sätzen über die Selbsthülfe — speziell im § 859 Abs. 1 — nur Anwendungsfälle der § 227 ff. gegeben seien. Dagegen spreche das gesetzgeberische Prinzip, welches von allgemeinen Rechtsbestimmungen in der Regel solche Rechtsfälle ausschließe, über welche sich besondere Vorschriften vorfänden, selbst dann, wenn bei jenen darüber nichts besonderes erwähnt sei. Die Fassung des Abs. 1, § 829 sei übrigens nur scheinbar eine allgemeine. Die richtige Auslegung der Bestimmung führe zu ganz speziellen und prägnanten Ergebnissen.[6])

Auch Kniep a. a. O., Seite 312, 323 ff. will die Begriffe „Notwehr“ und „Verteidigungsrecht des Besitzers“ auseinandergehalten wissen, es seien zwei Begriffe die nicht ganz ineinander aufgingen, die zwar ein gemeinschaftliches aber auch jeder wieder sein besonderes Gebiet hätten. Die Selbstverteidigung hält er in dreifacher Beziehung für den weiteren Begriff:

1. Bei der Notwehr richte sich die Verteidigung nur gegen den Angreifer selbst, nicht gegen

---

[1]) a. a. O. S. 12. [2]) a. a. S. 20. [3]) Diese Erweiterung findet er in dem Widerbemächtigungsrecht, das ist aber keine Selbstverteidigung mehr. [4]) Anm. 3 zu § 859, worin die besonderen Voraussetzungen des § 227 liegen, verschweigen, da sie dort auch das Recht aus § 859 auf die erforderliche Gewalt beschränken. [5]) a. a. O. S. 27. [6]) Das Ergebnis seiner Ausführungen (S. 27 unten folgende) die Selbsthülfe sei Abwehr einer begonnenen aber noch nicht beendeten Eingriff scheint im wesentlichen nicht verschieden von dem Inhalt des § 227 Abs. 2, § 230.

dritte, andererseits sei dem Besitzer die Verteidigung auch gegen den Erben des Angreifers, unter Umständen gegen dritte Erwerber gestattet. Das ist unrichtig, denn der von ihm bezielte Abs. 4 des § 859 findet, wie unten auszuführen sein wird, auf die Selbstverteidigung keine Anwendung.

2. Die Verteidigung des Besitzers beschränke sich nicht auf den gegenwärtigen Angriff, sondern sei auch gegenüber dem beendeten Angriff denkbar, so bei der Wiederabnahme mittelst verbotener Eigenmacht weggenommener Sachen (Seite 325 vorletzter Absatz). Hier liegt der Begründung der Irrtum zu grunde, es handle sich bei dem Wiederbemächtigungsrecht um die Verteidigung noch bestehenden Besitzes. (Darüber siehe unten.)
3. Endlich richte sich das Verteidigungsrecht des Besitzers selbst gegen heimliche Handlungen, wo ein Angriff garnicht vorliege.

   Dagegen die Ausführungen sub. I, nach denen der rechtswidrige Angriff gegen den Besitz das Handeln ohne den Willen des Besitzers, also auch das heimliche Handeln ist. Auch das ist unrichtig, daß die Verteidigung nur dem Besitzer und dem Besitzdiener, nicht wie die Notwehr jedem beliebigen Dritten zustehe. (Darüber unten.)

Um zu einem richtigen Ergebnisse zu gelangen, dürfte man zweckmäßig die Frage dahin abstellen: Würde sich die Position des Besitzers verändern, wenn der § 859 Abs. 1 gestrichen würde. Dann würde der Besitzer zur Verteidigung seines Besitzes gegen Eigenmacht lediglich auf die Notwehr aus § 227 des Bürgerlichen Gesetzbuchs angewiesen sein. Daß Notwehr gegen verbotene Eigenmacht zulässig ist, unterliegt keinem Bedenken: Notwehr richtet sich gegen rechtswidrige Angriffe, als ein solcher wird verbotene Eigenmacht vom Gesetze ausdrücklich bezeichnet. Bei der Abwehr der verbotenen Eigenmacht durch Notwehr würde sich der Besitzer diejenige Mäßigung auferlegen

müssen, die das Gesetz durch die Worte, „welche erforderlich ist“ vorgeschrieben hat; überschreitet er das Maß, so handelt er widerrechtlich.[1]) Im § 859 ist dem Besitzer gestattet, sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren. Das erscheint zunächst als ein plus, da die einschränkende Bestimmung fehlt.

Gleichwohl hat man angenommen, daß auch die Abwehr nach § 859 ihre Grenzen dort findet, wo sie aufhört, zur Abwendung der Gefahr erforderlich zu sein.[2]) Man geht dabei von der Erwägung aus, daß die Einschränkung in dem Begriff „sich erwehren“ enthalten sei. Das ist logisch unanfechtbar: Insoweit die der Eigenmacht entgegengesetzte Handlung über das Maß des zur Verteidigung Erforderlichen hinausgeht, beschreitet sie die Begriffssphäre des Angriffes. Der Angriff wird aber durch § 859 Abs. 1 nicht gedeckt.

Hiernach handelt es sich bei dem Abwehrrechte des Besitzers nach § 859 allerdings um nichts anderes als um einen besonderen Anwendungsfall des allgemeinen Notwehrrechts.

2. Inhalt des Rechtes der Abwehr.

Der Absatz 1 des § 859 gibt dem Besitzer die Befugnis, den rechtswidrigen Angriff verbotener Eigenmacht mit Gewalt abzuwehren.

Jede Besitzbeeinträchtigung, sei es Entziehung, sei es bloße Störung, berechtigt zur Abwehr. Der Begriff der Abwehr erfordert wie die Notwehr, daß der Angriff ein gegenwärtiger sei. „Erwehren“ kann man sich weder der Angriffe, die in der Vergangenheit, noch derjenigen, die in der Zukunft liegen. Aus diesem Grunde wird von Einigen erfordert, daß der Angriff bereits begonnen habe.[3])

Nach einer anderen Meinung berechtigt zur Notwehr[4]) mithin zur Selbstverteidigung schon der unmittelbar bevor-

---

[1]) § 230 B. G. B. [2]) Motive S. 113. „Die durch den Zweck erforderten Mittel.“ Planck Note 2 zu § 859. Biermann Note 2 zu 839. Riso a. a. O. S. 37. Maenner S. 103: Es ist nur zu untersuchen, ob und inwieweit Gewalt erforderlich ist. Neumann Handausgabe Abs. 2 zu § 859, Küncklер S. 6. [3]) Riso a. a. O. S. 27, Neumann Handausgabe Note 2 b zu § 227 in Verbindung mit Note I Satz 1 zu § 859. Reatz a. a. O. S. 798 f, der aus diesem Grunde den Vorwurf erhebt, das Gesetz werde den Anforderungen, die das Leben an den Selbstschutz des Besitzers stellt, nicht gerecht. [4]) Der Begriff der Notwehr ist für das Zivilrecht derselbe wie für das Strafrecht — die strafrechtlichen Erläuterungen über die Notwehr sind daher auch für das B. G. B. von Bedeutung. (Planck Note 1 Abs. 1 zu § 227.)

stehende Angriff.[1]) Hiergegen ist geltend gemacht worden, daß stets nur der wirkliche, nicht der bloß mögliche Angriff zur Notwehr berechtige.[2]) Eine allgemeine Bestimmung darüber, wann der Angriff als gegenwärtig anzusehen ist, wann nicht, wird schwerlich möglich sein, die Entscheidung wird vielmehr der Prüfung des einzelnen Falles vorbehalten bleiben müssen, dabei wird zu berücksichtigen sein, „daß der beginnende Angriff keineswegs schon den beabsichtigten Eingriff in die Rechtssphäre (hier also Besitzsphäre) des anderen zu enthalten braucht," vielmehr das in Handlungen zur Erscheinung gebrachte Vorgehen einer Person ist, welches einen Eingriff in die Rechts-(Besitz)-Sphäre eines anderen zum Zwecke hat, „daß auch der Angriff eine zeitlich verlaufende Handlung ist, welche in ihrem Beginne in der Regel als eine Drohung erscheinen wird."[3])

Gegenüber dem gegenwärtigen, eigenmächtigen Angriff auf den Besitz ist der Besitzer zur Abwehr unter Anwendung von Gewalt berechtigt. Eine Beschränkung in der Wahl der Mittel, sofern sie zur Abwehr erforderlich sind (siehe oben), ist ihm nicht auferlegt. Die Art und Stärke der Abwehr bestimmt sich nach Art und Stärke des Angriffs. Besteht die verbotene Eigenmacht in der Herstellung einer Anlage, so wird die Abwehr in der Zerstörung derselben zu finden sein, gegen Immissionen von Nachbargrundstücken, die der Besitzer nicht zu dulden braucht (z. B. Abwässer) wird er sich wirksam schon durch einfaches Absperren schützen. Ist die verbotene Eigenmacht persönlicher Angriff, so wird die geeignete Abwehr Anwendung von Gewalt wider die Person des Angreifers sein. Der Grad der anzuwendenden Gewalt richtet sich wieder nach der Stärke des Angriffs. Der Hausbesitzer darf den trunkenen Strolch, der in die Wohnung eingedrungen ist, um auszuschlafen, nicht töten, sondern muß sich begnügen, ihn gewaltsam aus dem Hause zu entfernen. Anders steht es, wenn der Dieb zur Nachtzeit mit bewaffneter Hand dem Besitzer in dessen Räumen gegenübertritt, hier kann die

[1]) Liezt a. a. O. S. 124, vergl. besonders Erkenntnis des Reichsgerichts VI v. 27. 6. 1889, „allerdings jetzt der Begriff der Notwehr einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff voraus, allein als gegenwärtig ist mindestens bei Beurteilung der privatrechtlichen Zulässigkeit der Abwehr ebenso ein unmittelbar bevorstehender wie ein bereits begonnener Angriff anzusehen." (Abgedruckt bei Rüdorf a. a. O. S. 91 Note 151.) [2]) Olshausen Note 2 zu § 53 d. Str.-Ges.-Buchs. [3]) Stenglein a. a. S. 1158

Selbstverteidigung tätliche Gewalt bis zur Tötung des Angreifers erheischen.

Berechtigt zur Abwehr verbotener Eigenmacht ist zunächst der Besitzer (verbis: „der Besitzer darf“) — das liegt im Begriffe der Verteidigung — und zwar der unmittelbare Besitzer. Denn nur gegen ihn kann (vergl. die Ausführungen sub I) verbotene Eigenmacht geübt werden.

Das Recht der Verteidigung des Besitzes wird, wie die übrigen Rechte aus § 859 seiner Ausübung nach durch den § 860 auch dem Besitzdiener gewährt. Das ist ein superfluum.[1]) Der Besitzdiener ist zur Verteidigung des Besitzes gegen den rechtswidrigen Angriff der verbotenen Eigenmacht wie jeder beliebige Dritte schon gemäß § 227 (verbis von sich oder einem anderen abzuwehren) berechtigt.

Die Fassung des § 859 Abs. 1 in Verbindung mit § 860 könnte daher leicht irreführen, insofern daraus entnommen werden könnte, die Verteidigung des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht stehe ausschließlich dem Besitzer und dem Besitzdiener zu.[2]) Das ist gegenüber der Allgemeingültigkeit der Bestimmungen über das Recht der Notwehr unrichtig. Die Abwehrhandlung richtet sich begrifflich gegen den Angreifer, den Verüber verbotener Eigenmacht und zwar nur gegen ihn. Daß sie nur gegen den Angreifer gerichtet ist, scheint ein Widerspruch gegen den Wortlaut des Gesetzes zu sein. Nachdem in den drei ersten Absätzen des § 859 die Selbsthülfebefugnisse des Besitzers aufgestellt sind, wird im letzten Absatz 4 zusammenfassend bestimmt: Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer auch gegen denjenigen zu, der nach § 858 Abs. 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß, also kurz gesagt gegen den Erben und den bösgläubigen Erwerber des Eigenmächtigen.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß hier eine Ungenauigkeit des gesetzgeberischen Ausdrucks vorliegt, insofern es statt „die gleichen“ Rechte heißen müßte „die in den Abs. 2 und 3 bestimmten Rechte.“ Denn von

[1]) Protokolle S. 41, Planck Erläuterung zu § 860. Neumann Handausgabe Note 1 zu § 860. [2]) So Kniep a. a. O. S. 324. Die Besitzverteidigung ist neben dem Besitzer nur den Hauptgenossen anvertraut. — Riso a. a. O. S. 32.

einem fehlerhaften Besitz spricht das Gesetz (vgl. § 858 Abs. 2), wenn der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, der Absatz 1 des Paragraphen bestimmt aber den Schutz des Besitzers gegen den noch nicht beendeten Angriff der Entziehung oder Störung.[1])

b) Das Recht der Wiederbemächtigung.

1. Allgemeines.

In den Absätzen 2 und 3 des § 859 wird dem Besitzer unter gewissen Voraussetzungen die Befugnis erteilt, unter Anwendung von Gewalt sich des Besitzes, der ihm durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist, wieder zu bemächtigen. Es handelt sich hier um etwas anderes, als bei der unter die Notwehr fallenden Verteidigung bestehenden Besitzes. Die Rechte der Absätze 2 und 3 sind auch keine Weiterbildungen des Notwehrrechtes,[2]) sondern es sind von der Notwehr grundverschiedene, spezielle, der Eigenart des Besitzes entsprechende Befugnisse.

Für das Recht der Wiederbemächtigung sowohl von beweglichen Sachen (Abs. 2) wie von Immobilien Abs. 3 ist Voraussetzung, daß der Besitz dem Besitzer durch verbotene Eigenmacht entzogen ist. Es muß also ohne den Willen des Besitzers durch die Handlung eines anderen eine Verhinderung des Besitzers in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache eingetreten sein und zwar eine solche, welche ihrer Natur nach keine vorübergehende ist (vgl. die Ausführungen sub. I e A.). Denn es handelt sich in den Abs. 2 und 3 des § 859 um die Wiedererlangung verloren gegangenen Besitzes, um Angriffe auf den — zwar fehlerhaften — Besitz eines andern.[3]) Der gewesene[4]) Besitzer darf sich des Besitzes wieder bemächtigen, der ihm mittelst verbotener

[1]) Vgl. Planck Erläut. 2, letzter Satz zu § 859, Biermann Note 3 d zu § 859 auch Bekker a. a. O. S. 13, a. M. Riso a. a. O. S. 30. [2]) So Künkler a. a. O. S. 7. [3]) Dieser schon vom Entwurf I aufgestellte Satz ist von mancher Seite heftig angegriffen worden. Man wollte in Anlehnung an das römische Recht die Fortdauer des Besitzes bis zur Beendigung des Kampfes um den Besitz annehmen, um die Selbsthülfe des Besitzers unter den Begriff der Notwehr unterzubringen vgl. Reatz a. a. O. S. 795 ff. Noch für das geltende Recht nimmt Riso a. a. O. S. 29 an, „daß Wegnahme und Besitzentziehung durchaus nicht ohne weiteres Besitzverlust nach sich zögen, letzterer könne die Wirkung der ersteren sein, das sei aber nicht immer der Fall, erst das Verhalten des Besitzers nach Aufhebung seiner tatsächlichen Gewalt über die Sache entscheide, ob diese Wirkung eintrete," das steht im Widerspruch mit § 856. [4]) Diese Einschaltung macht Kniep a. a. O. S. 316 zur Verdeutlichung des Begriffs.

Eingenmacht entzogen ist. Die Ausübung dieser Befugnis ist aber zeitlich beschränkt, sie muß sich unmittelbar an die Entziehung anschließen. Der zu Grunde liegende legislatorische Gedanke ist offenbar dieser: Weil der jetzige Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, soll er ausnahmsweise — entgegen dem Grundprinzip der Rechtsnormen über den Besitzschutz: Geschützt wird der gegenwärtige Besitz — gegen die eigenmächtige Besitzentziehung seitens des gewesenen Besitzers, nicht geschützt werden, andererseits soll dieser „annormale Rechtsbehelf[1]) erlaubter Eigenmacht nur insoweit Geltung haben, als die voraufgehende Eigenmachtshandlung des jetzigen Besitzers, welche die Voraussetzung für die Ausübung dieser ausnahmsweise gestatteten Eigenmacht bildet, zeitlich so nahe liegt, daß sie eines besonderen Nachweises nicht bedarf, sondern daß mindestens ihre Spuren noch zu erkennen sind.

Die Innehaltung der durch das Gesetz bestimmten zeitlichen Beschränkung ist wesentliche Voraussetzung für die Ausübung des Rechtes der Wiederbemächtigung. Ist diese Grenze nicht gewahrt, so ist der Angriff auf den gegenwärtigen Besitz, obwohl letzterer fehlerhaft ist, verbotene Eigenmacht und begründet wiederum das Selbsthülferecht des gegenwärtigen Besitzers. Zur Ausübung des Wiederbemächtigungsrechtes ist der Besitzer, nicht aber wie bei der Verteidigung des Besitzes jeder beliebige Dritte befugt. Es ist zwar unbedenklich anzunehmen, daß bei der Ausübung der Besitzer sich der Hülfe eines anderen als Werkzeug bedienen kann[2]) und es ist gleichgültig, ob in diesem Falle der Besitzer oder der andere die gewaltsame Handlung vornimmt,[3]) aber ohne Mitwirkung oder Geheiß des Besitzers, aus eigenem Antriebe darf ein Dritter gegen den Besitzräuber nicht vorgehen. Dem Dritten gegenüber hat der fehlerhafte Besitzer dieselbe Position wie der fehlerfreie.[4]) Nicht jeder beliebige kann die Rechte der Wiederbemächtigung geltend machen, wohl aber nach der Vorschrift des § 860 der Besitzdiener, wenn gegen seinen Besitzherrn verbotene Eigenmacht geübt wird. Dabei ist

[1]) Protokolle S. 39. [2]) Planck Erläuterung zu § 860. [3]) Vergl. das von Biermann a. a. O. Note 3 a zu § 859 angeführte Beispiel. [4]) Planck Erläuterung 3 Abs. 2 Satz 2 zu § 858.

hervorzuheben, daß es kein eigenes Recht ist, welches der Besitzdiener ausübt, das vermag er nicht, denn er ist kein Besitzer (§ 855). Er übt die Rechte vielmehr lediglich für oder nach Lage des Falles neben dem Besitzherrn aus, daher zessiert seine Befugnis, falls der Besitzherr sie ihm untersagt hat; daß ihm gegen den Besitzherrn selbst kein Recht zusteht, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

In den Motiven zum Entwurfe I [1]) wird die Frage erörtert, ob das Wiederbemächtigungsrecht absoluter Natur sei, d. h. auf die Sache gerichtet, gegen jeden Besitzer geltend gemacht werden könne, oder ob es seiner Natur nach nur gegen den Täter gerichtet sei. Dort wurde zwischen der „Nacheile“ bei beweglichen Sachen und dem Wiederbemächtigungsrecht bei Grundstücken unterschieden. Das bürgerliche Gesetzbuch hat für beide Fälle gleichmäßig bestimmt (Abs. 4 des Paragraphen): „Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, der nach § 858 Abs. 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß.“ Das ist der Erbe des Täters und der Singularsukzessor in dem Falle, daß er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe gekannt hat. Damit ist die Frage, gegen wen das Wiederbemächtigungsrecht gerichtet ist, erledigt. Unerledigt geblieben ist aber die Streitfrage über den Sinn und die Zweckmäßigkeit der Vorschrift. Mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz der Ausübung des Wiederbemächtigungsrechts eine enge, zeitliche Grenze gezogen hat, ist die Frage aufgeworfen, ob es sich überhaupt verlohne, nach den äußerst seltenen Fällen zu suchen, wo der Besitzer in die Lage versetzt wäre, dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Erben und Singularsukzessor des Täters die weggenommene Sache wieder abzunehmen oder sofort nach der Entziehung des Besitzes an einem Grundstück wider Erben und Singularsukzessoren des „Entzogenhabenden“ mit Gewalt vorzugehen [2]) offenbar wegen der Seltenheit dieser Fälle hat man [3]) angenommen, daß für die Selbsthilfe gegen Erben und Singularsukzessor nicht die Vorschriften der Abs. 2 und 3 des § 859 gelten können, sondern daß ein anderer maßgebender Rechtssatz zu ermitteln sei. Das

[1]) Band III Seite 113. [2]) Bekker a. a. O. 13. [3]) Riso S. 31.

erscheint willkürlich. Der Ausdruck „die gleichen Rechte“ bringen den gesetzgeberischen Willen, daß auch hier die Voraussetzungen der Abs. 2 und 2 vorliegen müssen, hinreichend zum Ausdruck.[1]) Tatsächlich wird der Gesetzgeber den nicht ungewöhnlichen Fall, daß der verfolgte Dieb die gestohlene Sache einem Hehler übergeben hat, im Auge gehabt haben und die — zugegeben — sehr unwahrscheinlichen Fälle der Möglichkeit der Selbsthülfe gegen den Erben des Täters nur der Vollständigkeit wegen mitberücksichtigt haben.

2. Besonderheiten.

Das Recht der Wiederbemächtigung ist in den Abs. 2 und 3 des § 859 gesondert behandelt, je nachdem die Wiedererlangung des Besitzes an beweglichen Sachen oder an Grundstücken durch die eigenmächtige Handlung bezielt wird.

α) Die Wiederabnahme beweglicher Sachen.

Für den Besitz beweglicher Sachen bestimmt der Abs. 2. „Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen.“

Die Ausübung der erlaubten Eigenmacht ist hier also davon abhängig, daß sie gegen den auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Besitzräuber vorgenommen wird; trifft die Voraussetzung nicht zu, so ist die Wiederbemächtigungshandlung verbotene Eigenmacht und berechtigt den gegenwärtigen Besitzer zur Selbsthülfe.

Auf frischer Tat betroffen heißt nicht etwa während des eigenmächtigen Angriffs; so lange der Angriff dauert, ist der Besitz nicht entzogen, die Handlungen des Besitzers fallen unter den Begriff der Verteidigung; auf frischer Tat betroffen heißt unmittelbar nach der Vollendung der Besitzentziehung, z. B. der Besitzer trifft den Dieb mit dem gestohlenen Gegenstand in dem Augenblick, da dieser das Haus des Besitzers verlassen will; dann ist er ohne weiteres berechtigt, dem Dieb eigenhändig gewaltsam seinen Raub

[1] Ebenso Planck Erläuterung 3a a. E. zu § 859, Biermann Note 3d zu § 859.

wiederabzunehmen. Anders wenn er ihn z. B. am nächsten Tage mit der gestohlenen Sache — angenommen einem Kleidungsstücke — begegnet. Hier darf er nicht ohne weiteres gewaltsam vorgehen, sondern nur dann, wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sein sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß sein Anspruch auf Rückgabe der Sache vereitelt oder wesentlich erschwert wird (§ 229). Auch gegen den auf frischer Tat verfolgten Täter ist die Selbsthülfe zulässig. Die Verfolgung muß unmittelbar nach der Tat begonnen und bis zur Ausübung des Rechtes ununterbrochen fortgesetzt sein.[1]) Die Protokolle[2]) bemerken zu dem Selbsthülferecht gegen den verfolgten Täter: die Vorschrift sei in dem Sinne zu verstehen, daß der Verfolger auch nicht vor der Behausung des Verfolgten Halt zu machen brauche, sondern ihm die Sache auch noch in dessen Behausung abnehmen dürfe. Die Auffassung ist merkwürdiger Weise in der Literatur auf Widerspruch gestoßen. Bekker[3]) will zum mindesten die Einschränkung machen, dieses könne nur dann angenommen werden, wenn der Verfolger mit dem Diebe zugleich in dessen Behausung eingetreten ist. Also wenn jener einen kurzen Vorsprung hat und seine Behausung zwei Minuten eher erreicht, muß der ohnmächtige Verfolger unverrichteter Sache umkehren? Dann stände der Rechtsbehelf auf recht schwachen Füßen. Noch weiter geht Männer[4]), der überhaupt von einem Eindringen des Verfolgers in die Behausung des Verfolgten nichts wissen will, da der Abs. 2 des § 859 nur die gewaltsame Wegnahme der Sache, nicht die Verletzung des Hausfriedens gestatte.[5]) Das ist eine nicht gerechtfertigte Einengung des Begriffs der Selbsthülfe. Durch die Gestattung der gewaltsamen Wegnahme erklärt das Gesetz diejenigen Handlungen, welche zur Wegnahme erforderlich sind, für nicht rechtswidrig. Soweit also die Verletzung des Hausfriedens zu dem erstrebten Ziel erforderlich ist, ist sie erlaubt.

---

[1]) Hier ist der Fall denkbar, daß die Selbsthülfe sich gegen den Singularsukzessor richtet, insofern der verfolgte Dieb die gestohlene Sache einem Hehler übergeben hat. [2]) Seite 39. [3]) a. a. O. S. 13. [4]) a. a. O. S. 103. [5]) Die von ihm zur Begründung seiner Meinung angeführten §§ 102 ff. der Strafprozeßordnung dürfte eher gegen als für ihn sprechen.

β. Die Wiederbemächtigung des Besitzes an Grundstücken.

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen. Die Ausübung dieses Rechts ist aber nur sofort nach der Entziehung zulässig. Über die Bedeutung der durch die Worte „sofort nach" zum Ausdruck gebrachten zeitlichen Beschränkung finden sich in der Literatur mannigfaltige Erörterungen.

Übereinstimmend wird angenommen, daß der Begriff streng objektiv zu verstehen ist, daß nicht etwa „sofort nach der Entziehung" bedeutet sofort nach Kenntnis des Besitzers von der Entziehung.[1]) Vielmehr versagt das Selbsthülferecht, wenn der Besitzer von seiner Entsetzung nicht sofort Kenntnis erhält. „Sofort" bedeutet auch nicht unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern.[2]) Wäre dies der Fall, würde der entsetzte Besitzer noch geraume Zeit in der Lage sein, erlaubte Eigenmacht gegen den gegenwärtigen Besitzer zu üben, wenn er ohne Verschulden nicht früher handeln konnte; das würde mit dem oben besprochenen gesetzgeberischen Grundgedanken, daß die eigenmächtige Selbsthülfe nur solange statthaft ist, als der voraufgegangene eigenmächtige Eingriff noch zu spüren ist, unverträglich sein.

Verlangt wird vielmehr rein objektives ungesäumtes Handeln.

Wann solches als vorliegend anzunehmen ist, darüber sind verschiedene Meinungen aufgestellt. Bekker[3]) will sofort nicht mit statim, sondern post modicum tempus wiedergeben.[4]) Strohal[5]) versteht unter „sofort" in einer den Umständen nach angemessenen von der Entsetzung an zu bemessenden Zeit. Nach Biermann[6]) soll „sofort" bedeuten zu einer Zeit, in welcher der Besitzstand des Dejizienten noch nicht zu einem gefesteten, die Dejektion noch nicht zu einer der Vergangenheit angehörenden Tatsache geworden ist.

---

[1]) So noch der beantragte § 813 b in der 2. Lesung (Protokolle S. 38). [2]) Protokolle S. 40. [3]) a. a. O. S. 13 Anmerk. 4. [4]) Aehnlich Fischer und Henle Anmerk. 5 zu § 859, oder binnen kurzer Frist. [5]) Der Sachbesitz nach dem B. G. B. S. 51. [6]) Note 3 b zu § 859.

Neumann[1]) nimmt an, es müsse nach den Umständen des Falles beurteilt werden, ob die Wiederbemächtigung sofort in Angriff genommen sei, dabei müsse dem Entsetzten die zur genügenden Vorbereitung seiner Selbsthülfemaßregeln erforderliche Zeit gelassen werden. Dernburg[2]) stellt lediglich negativ fest, „sofort“ bedeute nicht unmittelbar nach der Entziehung, aber auch nicht „ohne Verzug.“

Alle diese verschiedenartigen Meinungen haben ein gemeinsames und damit wird man sich begnügen müssen. Es gibt keine feste Bestimmung für den Begriff „sofort“ im Sinne des Absatzes 3 § 859. Die Entscheidung ist vielmehr nach der nach freiem richterlichen Ermessen zu beurteilenden Lage des einzelnen Falles zu treffen.

[1]) Handbuch Note II. [2]) III. Seite 72.